Die mittelbare Täterschaft
nach dem Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927
unter besonderer Berücksichtigung von Kindern und Jugendlichen.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Helmut Buchzik

Gerichtsreferendar.

1931.

Druck von P. Hill's Buchdruckerei Gleiwitz.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. **Nagler.**

Meiner Mutter und dem
Gedenken meines Vaters!

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1922.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. Tübigen 1930.

„ : Deutscher Strafgesetzentwurf. G. S. Bd. 91.

Bell: Deutsche und österreichische Straftrechtsreform. Berlin 1930.

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Leipzig 1913.

Bovensiepen: Das Jugendgerichtsgesetz. Altenburg 1923.

Brandt: Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht. Diss. Greifswald 1916.

Clementz: Mittelbare Täterschaft. Diss. Greifswald 1912.

Coenders: Zum neuen Strafgesetz. In Festgabe für das Reichsgericht Bd. V. Berlin und Leipzig 1929.

Dahm: Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Strafr. Abhandlungen 224. Breslau 1927.

Doederlein: Die mittelbare Täterschaft. Diss. Straßburg 1911.

Ebermayer: Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. Berlin 1925

Engelsing: Eigenhändige Delikte. Eine Untersuchung über die Grenzen der mittelbaren Täterschaft. Strafr. Abhandl. 212. Breslau 1926.

Finger: Die Reichstagsvorlage des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. G. S. Bd. 95.

Flegenheimer: Das Problem des dolosen Werkzeugs. Strafr. Abhandlg. 164. Breslau 1913.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1925 und 1931.

Franke: Das Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1926.

Gerland: Festschrift für Rosenthal. Jena 1923.

„ : Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. Jena 1925.

Haupt: Die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen nach § 4 JGG Diss. Köln 1928.

Hegler: Zum Begriff der mittelbaren Täterschaft in Festgabe für das Reichsgericht Bd. V.

Hellwig: Das Jugendgerichtsgesetz. Berlin 1923.

Hoegel: Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz. In ZStW. Bd. 37.

Kern: Die Teilnahme im Entwurf von 1925, G. S. Bd. 92.

Kiesow: Jugendgerichtsgesetz. Mannheim 1923.

Lehmann: Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen. Diss. Rostock 1911.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1927.

Lorenz: § 4 des Jugendgerichtsgesetzes. Diss. Jena 1928.

Ludwig: Die Lehre von der Teilnahme und ihre Behandlung im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Strafr. Abhandl. 223. Breslau 1927.

Mayer, M. E.: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafgesetzbuchs. Heidelberg 1915.

„ : Versuch und Teilnahme, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. 1910.

v. Michael: Der Mensch als Werkzeug. Diss. Rostock 1914

Nagler: Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1927.

Oetker: Die Teilnahme am Verbrechen nach dem Entwurf von 1925. G. S. Bd. 94.

Perten: Die Beihilfe zum Verbrechen. Strafr. Abhandl. 199. Breslau 1918.

Petri: Die mittelbare Täterschaft. Strafr. Abhandl. 125. Breslau 1911.

Schaeffer: Die mittelbare Täterschaft nach den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses des Reichstags. In DJZ 1928.

Schlenther: Die Teilnahme an Absichtsdelikten. Diss. Jena 1930.

Schmidt: Die mittelbare Täterschaft. In Festgabe für Frank. Tübingen 1930, Bd. II.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.

Stoll: Begriff und Umfang der akzessorischen Natur der Teilnahme. Diss. Erlangen 1912.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.

Weber: Die mittelbare Täterschaft unter besonderer Berücksichtigung von Kindern und Jugendlichen. Diss. Breslau 1928.

Wegner: Jugendrecht. Berlin und Leipzig 1929.

„ : Teilnahme in Reform des Strafrechts. 1926.

Winter: Die mittelbare Täterschaft. Diss. Münster 1917.

Wunderlich: Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses. In DJZ 1929.

Entwürfe.

Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs 1909.
Gegenentwurf von Kahl, von v. Liszt, Goldschmidt. 1911.
Entwurf der Strafrechtskommission von 1913.
Entwurf von 1919.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Die mittelbare Täterschaft im geltendem Strafgesetzbuch.

Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist sowohl im geltenden Strafrecht als auch im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 nirgendswo gesetzlich festgelegt. Er ist erst von der Praxis und der Wissenschaft aufgestellt worden.

Es taucht somit die Frage auf, aus welchen Gründen dieser Begriff zunächst mal im geltenden Recht geschaffen wurde, und ob er auch notwendig ist.

Es ist dabei auszugehen von dem Begriff der Anstiftung, der im § 48 StGB niedergelegt ist. Gemäß § 48 wird derjenige als Anstifter bestraft, der einen andern zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke ..... vorsätzlich bestimmt hat. Untergeordnet ist aber dieser Begriff der Anstiftung dem Oberbegriff der Teilnahme. Jedes Teilnehmen setzt aber ein Etwas voraus, worauf es sich bezieht; daher ist auch die Anstiftung bezw. die Beihilfe nur in einem Abhängkeitsverhältnis denkbar. Diese Abhängigkeit und Strafbarkeit der Teilnahme von der Strafbarkeit der Haupttat nennt man Akzessorietät [1] [2]. „Abhängigkeiten sind aber graduierbar, sie können schwächer oder stärker sein." [3].

Und zwar sind nach M. E. Mayer [4]) folgende vier Stufen der Akzessorietät denkbar. Es könnte die Bestrafung der Teilnehmer „bloß davon abhängig sein, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht hat" [4] (sog. minimal akzessorische Form der Teilnahme). Diese Form der Akzessorietät würde aber zu dem Ergebnis führen, daß die Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Handlung letzten Endes strafbar wäre. In dieser Beschränkung ist daher „die Akzessorietät legislativ nicht verwertbar." [4]

---

[1]) M. E. Mayer, Alg. Teil d. StGB, 1915, S 390.

[2]) V. Hippel (Lehrbnch 2 S. 451) hält die gesamte Lehre von der sogen. akzessorischen Natur der Teilnahme für vollständig verfehlt. „Das Erfordernis der Begehung der Haupttat (mindestens als Anfang der Ausführung) folgt gerade daraus, daß die Teilnahme Mitverursachung des Erfolges ist. Das Erfordernis der Strafbarkeit der Haupttat „aber sei eine rein doktrinäre Entgleisung."

[3]) M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme, S. 355.

[4]) Allg. Teil d. StGB, S. 391.

Die Bestrafung der Teilnahme kann fernerhin davon abhängig sein, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand objektiv rechtswidrig verwirklicht hat. Diesen Grad der Akzessorietät nennt M. E. Mayer limitiert akzessorische Form der Teilnahme. Der dritte Grad der Akzessorietät besteht darin, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand nicht nur objektiv rechtswidrig, sondern auch subjektiv schuldhaft erfüllt (extrem akzessorische Form der Teilnahme).

Endlich könnte die Akzessorietät soweit gehen, daß eine Bestrafung des Teilnehmers von den persönlichen Eigenschaften des Täters abhängig ist, so daß also straferhöhende oder strafmildernde Umstände, die in der Person des Täters sind, den Teilnehmer be- oder entlasten (hyperakzessorische Form der Teilnahme). [1])

In unserem geltenden Strafrecht ist die extrem akzessorische Form der Teilnahme gegeben. Dies ergibt sich aus folgendem: § 48 StGB spricht davon, daß derjenige als Anstifter bestraft wird, der einen andern zu der von demselben begangenen **strafbaren Handlung** vorsätzlich bestimmt hat und § 49, daß derjenige als Gehilfe bestraft wird, der dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens Hilfe geleistet hat, während die §§ 51—54 StGB davon sprechen, daß bei Vorliegen eines Schuld- bezw. Unrechtsausschließungsgrundes „eine strafbare Handlung" nicht vorhanden ist. Da sich aber jede strafbare Handlung aus objektiver Rechtswidrigkeit plus (subjektiver) Schuldhaftigkeit zusammensetzt, kann nach geltendem Recht als Anstifter bezw. als Gehilfe nur derjenige bestraft werden, wenn diese beiden Momente bei der Straftat des Haupttäters vorliegen. Es ist somit der Beweis erbracht, daß im geltenden Strafrecht das Prinzip der extrem akzessorischen Form der Teilnahme herrscht.

Es würde demnach der Anstifter in allen denjenigen Fällen nach geltendem Recht straflos bleiben, in denen der Angestiftete zwar eine objektiv rechtswidrige, aber nicht (subjektiv) schuldhafte Handlung begeht. Um diesem dem Rechtsgefühl widersprechenden Zustand zu begegnen, hat die Wissenschaft den Begriff der mittelbaren Täterschaft geschaffen.

Ist nun die mittelbare Täterschaft nur ein Hilfsbegriff, eine Fiktion, um die Fälle zu ahnden, in denen nach geltendem Recht eine Bestrafung wegen Anstiftung, da die extrem akzessorische Form der Teilnahme herrscht, nicht möglich ist, oder ist der mittelbare Täter, wie das Wort Täter schon sagt, auch wirklich Täter?

Diejenigen, die auf Grund der Kausalitätslehre zur Annahme einer fingierten Täterschaft gelangen, sind vor allem die Anhänger der Theorie Birkmeyers [2]) „Ursache im Sinne des Strafrechts muß die-

[1]) Vgl. auch zu diesen Ausführungen Kern: Die Teilnahme im Entwurf 1925, S. 125 ff.

[2]) Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, G. S. 37, 272 unter IV.

jenige unter den Bedingungen sein, welche mehr als die übrigen Bedingungen zur Hervorbringung des Erfolgs beigetragen hat." Diese „wirksamste" Bedingung ist nach ihrer Anschauung die Ausführungshandlung. Mithin kann nur derjenige Täter sein, der die Ausführungshandlung getätigt hat. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß ein rein körperliches Tätigwerden ohne einen rechtlich bedeutsamen Willensentschluß zu einer strafbaren Handlung nicht führen kann. Der Willensentschluß ist eine vor der Tat liegende Betätigung des verbrecherischen Willens. Er ist infolgedessen das Primäre und darum auch das Bestimmende der Tat. Durch ihn wird die Tat erst in die Wirklichkeit umgesetzt.[1]) Es ist somit auch gleichgültig, ob durch eigene geistige Einwirkung eigene oder fremde Körperkräfte in Bewegung gesetzt wurden.[2])

Wenn die Anhänger der fingierten Täterschaft von einer wirksamen Bedingung der zugrunde liegenden strafbaren Handlung reden, so ist dem entgegenzuhalten, daß es nach der im Strafrecht herrschenden condicio sine qua non-Theorie eine wirksamste Bedingung, überhaupt nicht gibt. Im Strafrecht ist darnach Ursache jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Da nun ohne den strafrechtlich bedeutsamen Willensentschluß eine strafrechtlich relevante Handlung nicht gegeben ist, ist daher die Betätigung des Willens eine Bedingung, ohne die eine solche Handlung nicht gedacht werden kann. Somit ist auch jeder, der nur die Bedingnng der Willensbetätigung setzt, Verursacher der Tat. Dies bleibt auch dann so, wenn Willensbetätigung und körperliche Ausführungshandlung, wie bei der mittelbaren Täterschaft, auseinanderfallen. Die rein körperliche Tätigkelt, des unmittelbar Handelnden, die ohne den verbrecherischen Willen strafrechtlich an und für sich bedeutungslos ist, ist demjenigen zuzurechnen, der den Willensentschluß zur Tat gesetzt hat. Er ist somit nicht fingierter Täter, sondern der mittelbare Täter ist wirklicher Täter.

§ 2.
Die Behandlung der mittelbaren Täterschaft in den Entwürfen von 1909, 1911, 1913 1919.

Inwieweit der Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs von 1909, der Gegenentwurf hierzu von Kahl, von v. Liszt und Goldschmidt aus dem Jahre 1911, der Kommissionsentwurf von 1913 und der Entwurf von 1919 die Anwendung des Begriffs der mittelbaren Täterschaft zulassen, soll im folgenden erörtert werden.

Der Entwurf von 1909 hielt grundsätzlich an der extrem akzessorischen Form der Teilnahme fest, die Anstiftung eines Unzu-

[1]) Nagler a. a. O. S. 43.
[2]) Vgl. Petri, ZStW 39, 691.
vergl. auch Schmidt a. a. O. S. 120.

rechnungsfähigen versuchte man dadurch zu regeln, daß man einen Unterschied zwischen Straf- und Schuldausschließungsgründen nicht mehr beibehielt, und diese beiden Begriffe in den Begriff ‚Strafausschließungsgrund' vereinigt, so daß also letzten Endes nach diesem Entwurf die Anstiftung eines Unzurechnungsfähigen als Anstiftung und nicht mehr als mittelbare Täterschaft zu bestrafen gewesen wäre.

Es folgt die Besprechung des Gegenentwurfs von Kahl, von v. Liszt und von Goldschmidt. § 31 dieses Entwurfs lautet: „Als Täter wird auch derjenige bestraft, der bei Ausführung der ihm zurechenbaren Handlung mitwirkt, oder ihre Ausführung durch einen andern bewirkt oder pflichtwidrig zuläßt." § 32 I: „Wer einen andern zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird, soweit er wegen Fehlens der gesetzlichen Merkmale nicht nach § 31 als Täter bestraft werden kann, als Anstifter gleich dem Täter bestraft." § 34 S. 2: „Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters."

Durch § 31 wird also der Begriff des Täters erweitert. Insbesondere ist der uneigenhändigen Täterschaft weiter Raum gegeben. Der Anstifterbegriff nimmt dagegen in diesem Entwurf nur noch eine untergeordnete Stellung ein. Die wichtigste Neuerung aber gegenüber dem geltenden Strafrecht ist die Vorschrift des § 32 S. 2. Es soll darnach für die Bestrafung des Teilnehmers die Strafbarkeit der Person des Täters gleichgültig sein, also die Einführung der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme.

Auf ganz anderen Bahnen bewegt sich der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913. § 33 Abs. 1: „Täter ist, wer eine strafbare Handlung selbst begeht." § 33 Abs. 2: „Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß die Tat durch einen andern zur Ausführung gelangt, der nicht selbst die strafbare Handlung mit dem zum Tatbestand erforderlichen Vorsatz begeht, oder der wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, wegen jugendlichen Alters oder wegen Taubstummheit nicht schuldhaft handelt." § 33 Abs. 3: „Der mittelbare Täter wird als Täter bestraft." § 33 Abs. 4: „Er bleibt als mittelbarer Täter auch dann strafbar, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere die strafbare Handlung vorsätzlich begangen und schuldhaft gehandelt hat."

§ 35 I: „Anstifter ist, wer vorsätzlich einen andern zu der von diesem vorsätzlich begangenen strafbaren Handlung bestimmt hat." § 35 Abs. 2: „Der Anstifter wird gleich einem Täter bestraft." § 35 Abs. 3: „Er bleibt als Anstifter auch dann strafbar, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete nicht vorsätzlich oder wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, wegen jugendlichen Alters oder wegen Taubstummheit schuldhaft gehandelt hat."

Dieser Entwurf sucht also die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung von rein subjektiven Momenten aus zu lösen. Es kommt darauf an, was sich derjenige, der einen andern zu einer strafbaren Handlung bestimmt hat, vorgestellt hat. Glaubte er einen Unzurechnungsfähigen anzustiften, so wurde er als mittelbarer Täter bestraft, gleichgültig, ob der andere nun tatsächlich zurechnungsfähig war oder nicht, während er im umgekehrten Falle immer als Anstifter bestraft wurde.

Genau in demselben subjektiven Rahmen bewegt sich der Entwurf von 1919. Die §§ 26 und 28 dieses Entwurfs, die von Täterschaft, mittelbarer Täterschaft und Anstiftung sprechen, stimmen fast wörtlich mit den §§ 33 und 35 des Entwurfs von 1913 überein, so daß sich eine nähere Stellungnahme zu diesem Entwurf erübrigt.

§ 3

§ 4 JGG. und die mittelbare Täterschaft.

Die im heutigen Strafrecht herrschende extrem akzessorische Form der Teilnahme wurde, wie wir noch sehen werden, für die Teilnahme an strafbaren Handlungen von Kindern und Jugendlichen in § 4 JGG von 1923 durchbrochen. § 4 dieses Gesetzes bestimmt: „Die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen, des Begünstigers und Hehlers wird durch die Vorschriften der §§ 2 und 3 nicht berührt."

Der Sinn dieser Bestimmung wird erst dann richtig verständlich, wenn die §§ 2 und 3 JGG einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Diese beiden Vorschriften sprechen von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Kindern und Jugendlichen. Sie treten an die Stelle der alten §§ 55 und 56 StGB. Rein äußerlich betrachtet, stellen die §§ 2 und 3 JGG schon einen Unterschied zu den früheren §§ 55 und 56 StGB dar. Die Grenze der Strafunmündigkeit wird vom 12. auf das 14. Lebensjahr festgesetzt. Auch § 3 JGG, verglichen mit § 56 StGB trifft eine Änderung, während § 56 StGB nämlich einen Jugendlichen bestrafte, der bei Begehung der strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderlich nötige Einsicht besaß, verlangt § 3 JGG, daß der Jugendliche auch die Fähigkeit besitzt, das Ungesetzliche der Tat einzusehen und seinen W i l l e n gemäß dieser Einsicht zu b e s t i m m e n.

Einen Gedanken hat aber das JGG nicht klar herausgearbeitet, ob nämlich Kinder und Jugendliche deshalb nicht bestraft werden, weil sie als unzurechnungsfähig bezw. als bedingt zurechnungsfähig anzusehen sind, ihnen also ein Schuldausschließungsgrund oder deshalb nicht bestraft werden, weil ihnen u. U. ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht.

Steht dem Täter nämlich ein Strafausschließungsgrund zur

Seite, dann handelt er sowohl objektiv rechtswidrig als auch schuldhaft, wird aber nur aus dem ihm in seiner Person zustehenden Strafausschließungsgrund mit Strafe verschont. Das Wesen des Schuldausschließungsgrundes hingegen besteht darin, daß zwar jemand objektiv rechtswidrig, aber nicht schuldhaft handelt, so daß er also für sein strafbares Tun nicht verantwortlich gemacht werden kann.

Die Praxis des Reichsgerichts [1] vornehmlich hat in ihrer Rechtsprechung zu den §§ 55, 56 die Kindheit und Jugendlichkeit zum Teil als Strafausschließungsgrund angesehen und ihre Ansicht mit dem Wortlaut des § 55 begründet, in dem es heißt: „Kann nicht strafrechtlich **verfolgt** werden." Die Teilnahme an strafbaren Handlungen von Kindern und Jugendlichen mußte daher u. U. folgerichtig als Anstiftung bezw. als Beihilfe bestraft werden. Dagegen hat die Theorie [2] die Kindheit und Jugendlichkeit als Schuldausschließungsgrund betrachtet, so daß Anstiftung und Beihilfe nicht möglich war, da nach dem Grundsatz der extrem akzessorischen Natur der Teilnahme, die, wie wir gesehen haben, im Strafgesetzbuch zu Grunde gelegt ist, Anstiftung und Beihilfe nur möglich sind bei objektiv rechtswidriger plus schuldhafter Handlung. Bei Unzurechnungsfähigkeit fehlt aber das zweite wesentliche Merkmal für eine strafbare Handlung, nämlich die Schuld, denn „nur Handlungen eines Schuldfähigen können zum Verbrechen zugerechnet werden. Die Schuldfähigkeit ist daher gleichbedeutend mit Zurechnungsfähigkeit." [3]

Bezüglich der Anstiftung an strafbaren Handlungen von Jugendlichen zwischen 12 und 18 Jahren ergab sich folgendes Bild. Nachdem im Einzel-Falle festgestellt worden war, daß der Jugendliche bei Begehung der Handlung die nötige Einsicht besaß, war der Anstifter, da dann die Handlung des Jugendlichen nach der objektiven und subjektiven Seite hin deliktischen Charakter trug, als solcher zu bestrafen. Besaß der Jugendliche aber diese Einsicht nicht, so mußte er selbst straffrei ausgehen. Die Anstiftung an der Handlung eines geistig und sittlich unreifen Jugendlichen wurde nach der Ansicht derer, die in der Jugendlichkeit einen persönlichen Strafausschließungsgrund sahen, als Anstiftung gewertet, nach Ansicht derer, die in der Jugendlichkeit einen Schuldausschließungsgrund erblickten, konnte nur eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft in Frage kommen.

Auch nach Schaffung des Jugendgerichtsgesetzes hält das Reichsgericht an seiner Ansicht fest, daß Kindheit und Jugendlichkeit u. U. nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund ist. In seiner Ent-

---

[1] RG. 57, 206—8; 61, 266.

[2] Finger a. a. O. I, S. 214, 334;
Hälschner a. a. O. I, S. 219;
Wachenfeld S. 138, 195;
Allfeld S. 127; Sauer S. 635.

[3] Wachenfeld S. 135.

scheidung [1]), wo es über die rechtliche Bedeutung des § 2 JGG spricht, stellt das Reichsgericht die Behauptung auf, daß sich das Jugendgerichtsgesetz in seiner Fassung des § 2 aufs engste dem § 68 des Vorentwurfs eines StGB. von 1909 angeschlossen habe. In diesem Paragraphen heißt es: „Nicht strafbar ist, wer bei Begehung der Handlung das 14. Lebensjahr nicht vollendet hat".

Der Vorentwurf habe aber diese Fassung deswegen gewählt, um festzustellen, daß Strafunmündigkeit kein Schuld-, sondern ein Strafausschließungsgrund sei. Aus welchen Gründen das Reichsgericht zu dieser Ansicht kommt, ist unverständlich. Nicht dem Entwurf von 1909, sondern dem Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 und dem Entwurf von 1919 hat sich das Jugendgerichtsgesetz in seiner Fassung von §§ 2 und 3 JGG angelehnt, wie sich dies ausdrücklich aus der Begründung zu §§ 3 und 4 JGG ergibt.. Im § 23 des Entwurfs von 1913 heißt es: „Nicht schuldhaft handelt, wer zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt ist," während § 129 des Entwurfs von 1919 sagt: „Ein Kind, das eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, gilt als nicht zurechnungsfähig."

Dagegen hält die Theorie [2]) an ihrer Ansicht fest, daß Kindheit und Jugendlichkeit ein Schuldausschließungsgrund sind. Sie findet vor allen Dingen eine Bestätigung ihrer Ansicht in der Fassung des § 4 JGG, nach der die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen .... durch die Vorschriften der §§ 2 und 3 nicht berührt werden. Denn, so wird gefolgert, hätte das Gesetz die Straflosigkeit von Kindern und unentwickelten Jugendlichen als persönlichen Strafausschließungsgrund ansehen wollen, dann hätte es nicht § 4 JGG geschaffen. Durch die Schaffunng des § 4 wollte gerade das Gesetz ausdrücken, daß, trotzdem ein Kind bezw. ein Jugendlicher, der nicht die nötige Einsicht hat, gar nicht schuldhaft handelt, und es daher nach der extrem akzessorischen Form der Teilnahme Anstiftung und Beihilfe beim Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes nicht gibt, dieses Prinzip im JGG durch § 4 durchbrochen worden ist. Dieser letzten Ansicht ist vollkommen beizupflichten. Der Gesetzgeber wollte gerade für die Teilnahme bei Straftaten von Kindern und Jugendlichen eine Ausnahme setzen und hat deswegen § 4 geschaffen. Ein weiterer Beweis für die Annahme, daß Kindheit und Jugendlichkeit ein Schuld- und nicht ein Strafausschließungsgrund sein soll, findet sich auch in der Fassung des § 3 JGG. In diesem Paragraphen heißt es ausdrücklich, daß ein Jugendlicher dann nicht strafbar ist, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder

---

1) RG. 57, 206—8.

2) Liszt-Schmidt S. 231; Olshausen § 2, 1; Frank § II; Ebermayer § 2, 1; Kiesow S. 24; Hellwig S. 72; Gerland S. 77.

sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen gemäß dieser Einsicht zu bestimmen.

Aus dieser Fassung ergibt sich mit klarer Deutlichkeit, daß der Gesetzgeber in dem Strafverfahren gegen einen Jugendlichen festgestellt haben will, ob der Betreffende in seiner geistigen und sittlichen Entwicklung so weit war, daß er das Ungesetzliche der Tat einsieht, d. h. ob er soweit zurechnungsfähig ist, daß er schuldhaft handeln kann. So sagt auch v. Liszt-Schmidt: [1]) „Auch wird diese Bestimmung, — nämlich die Beziehung zur Schuldfrage — in § 3 so deutlich ausgedrückt, daß hinsichtlich von Kindern trotz der farblosen Fassung des § 2 (ist nicht strafbar) kein Zweifel bestehen sollte, daß auch hier nur von Zurechnungsunfähigkeit die Rede sein kann."

Aus diesen Gründen ergibt sich, daß Kindheit und Jugendlichkeit ein Schuldausschließungsgrund und kein Strafausschließungsgrund ist. Mit Recht sagt Wegner [2]): „Diese rückständige Meinung — nämlich, daß Kindheit und Jugendlichkeit ein Strafausschließungsgrund sei — verschanzt sich heut nur noch hinter Wortinterpretation, die wenig Überzeugungskraft hat. Wer die Schuldliteratur der letzten Jahrzehnte überblickt und sich darnach § 3 ansieht, muß mit Entschiedenheit erkennen, daß dort von der Schuldfrage die Rede ist."

Wir haben nun festgestellt, daß Kindheit und Jugendlichkeit ein Schuldausschließungsgrund ist. Nach der streng durchgeführten extrem akzessorischen Form der Teilnahme konnte daher vor Erlaß des JGG eine Bestrafung wegen Anstiftung bezw. Beihilfe an der Straftat von Kindern und Jugendlichen nicht in Frage kommen, sondern nur eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft. Was bezweckt nun die Vorschrift des § 4? Beling [3]) will dem Wortlaut des § 4 JGG folgende Bedeutung beimessen: Der Text des § 4 enthielte lediglich eine Blankettbestimmung: Die allgemeinen Bestimmungen betr. Anstiftung und Beihilfe bei Taten von Strafunmündigen werden nicht berührt. Da das Strafgesetzbuch solche Teilnahme nicht kennt, ist § 4 zur Zeit gegenstandslos. Diese Ansicht ist entschieden zu verwerfen. Es ist unmöglich, daß der Gesetzgeber eine Gesetzesvorschrift erläßt, die überhaupt nichts besagt; denn das wäre letzten Endes die Folgerung die man aus dieser Ansicht ziehen müßte.

Wir müssen, um den richtigen Sinn und Wert des § 4 zu erfassen, folgenden Weg einschlagen. Wir haben gesehen, daß jede Teilnahmehandlung abhängig ist von einer Haupttat und haben festgestellt, daß diese Abhängigkeit, mit Akzessorietät bezeichnet, graduierbar ist, d. h., daß die Abhängigkeit von der Haupttat mehr oder

---

[1]) a. a. O. S. 232.

[2]) JW 1928, S. 65.

[3]) a. a. O. S. 90.

minder abgestuft sein kann. Wir haben fernerhin festgestellt, daß im geltenden Strafrecht das Prinzip der extrem akzessorischen Form der Teilnahme herrscht. Durch Schaffung des § 4 JGG wurde aber die extrem akzessorische Form der Teilnahme im geltenden Strafrecht für die Teilnahme an strafbaren Handlungen von Kindern und Jugendlichen durchbrochen. Trotzdem Kindheit und Jugendlichkeit ein Schuldausschließungsgrund ist, gibt es fortan Anstiftung und Beihilfe bei Straftaten von Kindern und Jugendlichen. Es wird also für die Teilnahme an strafbaren Handlungen von Kindern und strafunmündigen Jugendlichen nur noch gefordert, daß, „soweit es sich um die Bestrafung wegen Anstiftung und Beihilfe handelt, die Tat des Kindes . . . ." dem objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung entspreche.[1]) Also nur noch objektiv rechtswidrig muß die Tat des unmittelbar Ausführenden sein. Es wird nicht mehr gefordert, daß sie auch schuldhaft sein muß. Es gilt also für die Teilnahme an strafbaren Handlungen von Kindern und Jugendlichen die limitiert akzessorische Form der Teilnahme.

Es ist allerdings durch die Bestimmung des § 4 ein Zwiespalt in der Regelung der Teilnahme geschaffen; denn die Teilnahme an der Tat eines erwachsenen Unzurechnungsfähigen (§ 51 StGB) wird anders behandelt als die Anstiftung und Beihilfe zu der Tat eines Kindes oder Jugendlichen. [2]) Es herrscht also sowohl das Prinzip der extrem akzessorischen Form der Teilnahme, als auch das Prinzip der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme neben einander auf getrennten Gebieten.

Durch Schaffung des § 4 JGG tauchte nun in der Literatur die Meinung auf, daß fortan die mittelbare Täterschaft im Bereiche des Jugendgerichtsgesetzes ausgeschlossen sein sollte, und in jedem Falle, in dem ein Erwachsener ein Kind oder einen unentwickelten Jugendlichen zu einer Straftat bestimmte, der Erwachsene regelmäßig wegen Anstiftung zu bestrafen wäre.

So sagt v. Liszt-Schmidt: [3]) Mittelbare Täterschaft sei unter keinen Umständen anzunehmen, vielmehr sei derjenige, der ein Kind zur Verwirklichung eines Straftatbestandes veranlasse, stets Anstifter im technischen Sinne, der dem Kinde Helfende stets Gehilfe gemäß § 49 StGB.

Ganz in diesem Sinne äußert sich auch Kern: [4]) Bei strafbaren Handlungen von Kindern und Jugendlichen gebe es keine mittelbare Täterschaft mehr. [5])

---

[1]) Hellwig § 4 Anm. 5;
[2]) Vgl. auch Gerland a. a. O. S. 9.
[3]) § 50 Anm. 4.
[4]) G. S. 92, 30/32.
[5]) Derselben Ansicht Gerland a. a. O. S. 78 Frank, 16. Aufl. zu § 4; Messerer: J. G. G. zu § 4; Bovensiepen a. a. O., zu § 4;

Diesem Schrifttum gegenüber steht die Meinung derer, die trotz § 4 JGG Raum für die mittelbare Täterschaft bestehen lassen. Von ganz subjektiven Erwägungen gehen dabei Kiesow [1]) und Hellwig [2]) aus. Es käme darauf an, ob der Anstifter oder Gehilfe es gewußt habe, ob er es mit einem Strafunmündigen zu tun habe. Wußte er, daß der Angestiftete oder Gehilfe unzurechnungsfähig sei, so käme eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft in Frage. Habe er es aber nicht gewußt, so sei er wegen Anstiftung bezw. Beihilfe zu bestrafen. „Wer einen Strafunmündigen, dessen Strafunmündigkeit ihm bekannt ist, zu einer Straftat anstiftet, ist mittelbarer Täter und nicht Anstifter. Dabei ist es nicht erforderlich, daß der Dritte, der sich des Strafunmündigen als eines Werkzeugs bedient hat, gewußt hat, daß Kinder die noch nicht 14 Jahre alt geworden sind, sich nicht strafbar machen können. Es genügt, daß er das Alter des Kindes gekannt oder doch gewußt hat, daß es noch nicht 14 Jahr alt war. Hat er dies zwar nicht bestimmt gewußt, aber doch damit gerechnet und diese Möglichkeit mit in den Kauf genommen, so genügt das auch; desgleichen ist mittelbarer Täter, wer einen Jugendlichen, dessen geistige oder sittliche Unreife ihm bekannt ist oder mit der er doch ernstlich rechnet, zu einer Straftat anstiftet." [3])

Diese Meinung, die von ganz subjektiven Erwägungen heraus, mittelbare Täterschaft an Kindern und Jugendlichen konstruieren will, steht im schroffen Gegensatz zu der Begründung von § 4 JGG [4]) Dort heißt es ausdrücklich, daß es nicht darauf ankommen solle, ob der Anstifter oder Gehilfe gewußt habe, daß der Angestiftete strafunmündig, oder nicht im Besitze des Unterscheidungsvermögens gewesen ist.

Bei der Erörterung der Frage, wann nach § 4 JGG mittelbare Täterschaft vorliegt, gehen Wegner, Olshausen und das Reichsgericht von dem Unterschiede, der nach geltendem Recht zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung liegt, aus. So schreibt Wegener [5]): „Man darf natürlich nicht, wie getan wurde, aus § 4 schließen, daß, weil ja jeder Teilnehmer jetzt bestraft werden kann, jeder, der einen Jugendlichen zur Straftat bestimmt, Anstifter bloß und nicht Täter (mittelbarer Täter) sei. Zwar werden Anstifter und Täter gleich bestraft, und so scheint es gleich, welche juristische Konstruktion man anwendet, aber Schwurgerichte kennen gefühlsmäßig den Unterschied von Täterschaft und Anstiftung sehr wohl, was in Äußerungen kund wird, wie: bloß „Anstifter" u. ä. Volkstümliche Rechtsbegriffe sind zu bewahren. Daher ist auch in Zukunft zu fragen, ob der Er-

[1]) § 4 N. 5.
[2]) § 4 Anm. 2.
[3]) Hellwig § 4 Anm. 2.
[4]) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 273.
[5]) a. a. O. S. 190.

wachsene den Jugendlichen als Werkzeug benutzt hat — dann ist er mittelbarer Täter, oder ob er ihn angestiftet hat zu eigener Tat."

Ganz ähnlich auch Olshausen: [1]) Es bleibt, ungeachtet des § 4, „Raum dafür bestehen, daß der Strafunmündige als mittelbarer Täter bestraft wird." „Dies trifft vornehmlich in den Fällen zu, in denen der Strafunmüdige angesichts des bei ihm vorliegenden tiefgreifenden Mangels an Unterscheidungs- und Hemmungsvermögen geradezu als Werkzeug in der Hand des Strafmündigen zu betrachten ist. [2])

Welche Ansicht ist nun die richtige? Bevor wir hierzu Stellung nehmen, ist es von Wichtigkeit, sich über den Unterschied von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung nach geltendem Recht Klarheit zu verschaffen.

Wie das Verhalten des mittelbaren Täters kausal ist für den eingetretenen Erfolg, der durch den unmittelbaren Täter herbeigeführt wird, denn ohne die Einwirkung des mittelbaren Täters hätte der unmittelbare Täter die strafbare Handlung nicht vorgenommen, so ist es auch bei der Anstiftung. „Durch Einwirkung auf den Anzustiftenden hat der Anstifter eine Bedingung zu dem vom Angestifteten herbeigeführten Erfolg gesetzt."[3]) Hätte der Anstifter nicht auf den Angestifteten eingewirkt, so wäre der verbrecherische Entschluß in dem Angestifteten niemals existent geworden. Es besteht somit Kausalzusammenhang zwischen dem Tun des Anstifters und dem des Angestifteten. Der Anstifter hat die Ursache zu dem schuldhaften Tun des Angestifteten gesetzt. Es wurde vielfach die Meinung [4]) vertreten, daß durch das vorsätzliche Tun eines Dritten der Kausalverlauf unterbrochen werde. „Ist der Angestiftete — so deduzierte man — mit einem von außen her nicht nezessizierbaren Willen ausgestattet und nimmt seine Handlung ihren letzten Ursprung lediglich aus dessen Ich, so können die Grundsätze des Kausalverlaufs auf das Verhältnis seiner Handlung zu den treibenden Kräften seiner Umgebung nicht Anwendung finden. Von der absoluten, ganz aus sich selbst heraus bestimmten Kraft seines Seins geht eine neue ganz selbständige Kausalkette aus. Der ursächliche Zusammenhang, der sich bis an die Schwelle seiner Tat spannt, konnte sich nicht darüber hinaus fortententwickeln. Er stieß auf ein Hindenis, das mangels jeder Möglichkeit zur äußeren Einwirkung der Fortsetzung der Kausalreihe ein Ziel setzte. Was in der Sinnenwelt Körper und Gestalt gewann, leitet nicht den Grund seines Werdens, sondern lediglich aus dessen Anlaß

---

[1]) § 4 N. 2.
[2]) Vgl. auch Olshausen § 4 N. 2; RG 61, 266.
[3]) Petri a. a. O. S. 19.
[4]) u. a. Frank § 1, III, 2 a; Olshausen Anm. zu § 48; Finger I, S. 336, 344; Ebermayer S. 89.

von der intellektuellen Tätigkeit des Anstifters her ... Die Bedenken schwinden, sobald man bei der Verfolgung des Kausalverlaufs den Endpunkt der Entwicklung scharf ins Auge faßt. Dann ergibt sich, daß der ursächliche Zusammenhang durch die selbst bestimmte Subjektivität eines Zwischenglieds nicht geändert wird. Der Dritte kann sich der fremden Einwirkung entziehen, kann sich ihr aber ebensogut hingeben. Es findet dann, trotzdem die Kausalreihe durch einen Willensträger hindurchschreitet, eine ununterbrochene Vermittlung zwischen der Tätigkeit des Anstifters und dem verbrecherischen Erfolg statt. So ist es auch logisch und so ist es auch positiven Rechts, ob der Handelnde schuldlos oder schuldhaft sich in die Bewegung setzt, ist für die reine objektive Frage der Kausalität ohne Relevanz. Die zwischen der Tätigkeit des andern und dem eingetretenen Erfolg sich einschiebende Handlung eines Zurechnungsfähigen, unterbricht die Kausalität grundsätzlich nicht." [1])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß, da ohne das Einwirken des Anstifters der Wille zum verbrecherischen Handeln in dem Angestifteten niemals existent geworden wäre, und da ja gerade die Einwirkung des Anstifters auf den Angestifteten den strafrechtlich relevanten Erfolg verursacht hat, die Tätigkeit des Angestifteten den Kausalzusammenhang nicht unterbricht, sondern daß der Kausalzusammenhang zwischen dem Tun des Anstifters und dem des Angestifteten gegeben ist, genau so wie das Verhalten des mittelbaren Täters kausal ist für den Erfolg, der durch den unmittelbaren Täter herbeigeführt wird. Auch der dolus des Anstifters und der des mittelbaren Täters — denn der mittelbare Täter ist ja Täter — ist in beiden Fällen derselbe. Sowohl der Anstiftende als auch der Täter wollen, daß ein bestimmter Delikttatbestand zur Ausführung gelangt. „Anstifterdolus wie Täterdolus decken sich so in ihrer Beschaffenheit." [2]) So wäre also die Anstiftung in der Regel als mittelbare Täterschaft, d. h. als Täterschaft anzusehen. Anders aber das geltende Recht. Es sieht die Anstiftung als eine Art der Teilnahme an Als Anstifter wird ja bestraft, wer einen andern zu einer strafbaren Handlung bestimmt hat. Dieses Bestimmen bedeutet aber nichts anderes, als daß der Dritte „auf Grund der vom Anstiftenden ihm eingeimpften Triebe die Selbstbestimmung zur Tat getroffen hat." [3])

Darin liegt der Unterschied zwischen der mittelbaren Täterschaft und der Anstiftung nach geltendem Recht. Bei der Anstiftung reflektiert der Anstifter auf die Selbstverantwortlichkeit des Angestifteten d. h., daß der Angestiftete von sich selbst aus auf Grund der ihm eingeimpften Triebe die Tat mit Verantwortungsbewußtsein begeht. Bei

---

[1]) Nagler a. a. O. S. 145, 146.

[2]) Petri S. 55. vgl. auch Weber S. 15.

[3]) Nagler S. 140.

der mittelbaren Täterschaft aber ist der Dritte nichts anderes als Werkzeug in der Hand des mittelbaren Täters. Er wird planmäßig als Werkzeug vom mittelbaren Täter benutzt. Das Werkzeug macht sich keinerlei Vorstellung über das Für und Wider der Tat, handelt also ohne Selbstbestimmung vollkommen beeinflußt von dem Willen des mittelbaren Täters. Der Angestiftete trifft also die Selbstbestimmung zur Tat, bei der mittelbaren Täterschaft aber ist der unmittelbar Handelnde nichts anderes als willenloses Werkzeug in der Hand des mittelbaren Täters.[1])

Welche Folgerungen sind nun hieraus auf die Frage, ob durch die beschränkt limitierte Form der Akzessorietät die mittelbare Täterschaft aus dem JGG ausgeschlossen ist, zu ziehen?

Als Ausgangspunkt seien hier folgende Erwägungen vorangestellt. Die geistige und sittliche Entwicklung ist nicht bei allen Kindern und Jugendlichen die gleiche. Das eine Kind ist von der Natur aus mit reichen Geistesgaben ausgestattet, so daß es schon frühzeitig zwischen gut und böse unterscheiden kann, während ein anderes Kind, das minder begabt ist, für sein Handeln bei gleichem Alter noch nicht das richtige Verständnis hat.

Bestimmt nun ein Erwachsener ein Kind, das in seiner geistigen Entwicklung bereits soweit fortgeschritten ist, daß es für sein Tun „wenn auch nicht volles, so doch genügendes Verständnis hat"[2]), so kann man sehr wohl sagen, daß der Erwachsene in dem Kinde die Selbstbestimmung zur Tat erweckt hat, es also angestiftet hat. Liegt aber bei einem Kinde ein tiefgreifender Mangel an Unterscheidungs-

---

[1]) A. A. Wachenfeld, „Zeitschr. f. die gesamte Strafrechtwissenschaft" Bd. 40 S. 39, 130: „Zu einem unrichten Resultat werde man immer gelangen, wenn man die Frage aufwirft so, wie sie üblich ist: Wann ist der Bestimmende mittelbare Täter? Die Antwort wird dann stets entweder lauten: er ist mittelbarer Täter, wenn er Urheber aber nicht Täter ist, oder er ist mittelbarer Täter, wenn er der veranlassende Teilnehmer aber nicht Anstifter ist. Dort gelangt man zu einer unmöglichen Täterschaft, hier zu einer unmöglichen Teilnahme oder jedenfalls zu einer Form derselben, die im positiven Recht keinen Boden hat. Nur dann läßt sich eine befriedigende Lösung finden, wenn man auf die falsche Fragestellung verzichtet und die Frage statt auf den Bestimmenden, auf den zur Tat Bestimmten abstellt. Die Frage muß lauten: **Wann kann ein Mensch bloßes Werkzeug eines anderen sein?** Die Werkzeugnatur des Menschen, die sich an einer Tat zeigt, ist die erste Voraussetzung für die mittelbare Täterschaft, aber nicht die einzige. Hinzu kommt hierfür noch die Benutzung durch einen anderen. In welcher Form sich die Benutzung äußert, ob in einer Form der Anstiftung, in einem Auftrag, einer bloßen Veranlassung oder dergleichen ist unerheblich."

[2]) RGSt 61, 266.

und Hemmungsvermögen [1]) vor, so daß das Kind garnicht weiß, was es rechtlich bewertet tut, dann ist es eben nichts anderes als Werkzeug in der Hand des Erwachsenen. Man kann dann also nicht sagen, daß der Erwachsene das Kind zu eigener Tat bestimmt habe. Genau die gleichen Voraussetzungen gelten für die Jugendlichen. Im ersten Falle liegt also gerade ein Fall des § 4 vor, so daß dann also der Erwachsene wegen Anstiftung zu bestrafen ist, im zweiten Falle aber in dem das Kind oder der Jugendliche als Werkzeug in der Hand des Erwachsenen zu betrachten ist, ist der Erwachsene als mittelbarer Täter, d. h. als Täter zu bestrafen.

Wir sehen also, daß die Ansicht des Schrifttums, die die mittelbare Täterschaft durch § 4 JGG ausgeschaltet wissen will, verfehlt ist. Zutreffend bemerkt auch Frank [2]), während er noch in der 16. Aufl. 1925 auf dem Standpunkt stand, daß § 4 die mittelbare Täterschaft aus dem Jugendgerichtsgesetz ausschließe, jetzt in seiner neuesten Auflage, [3]) daß § 4 nur die äußerste Folgerung der Akzessorietätslehre ablehne. § 4 sage keineswegs, „daß bei Verwirklichung des äußeren Tatbestandes durch einen Strafunmündigen oder Jugendlichen der Bestimmende oder Unterstützende unter allen Umständen Anstifter oder Gehilfe sei, sondern er sagt, soweit er sich auf Teilnahme bezieht, daß Anstiftung oder Beihilfe nicht wegen Altersunzurechnungsfähigkeit des Strafunmündigen oder jugendlichen Täters erörtert werden dürfe. Es bleibt also namentlich Raum für mittelbare Täterschaft besonders dann, wenn er die Kausalität seines Handelns nicht übersieht." [4])

Abschließend komme ich also zu dem Ergebnis: § 4 schließt die mittelbare Täterschaft aus dem Jugendgerichtsgesetz nicht aus. [5])

§ 4.

Die mittelbare Täterschaft nach dem Entwurf von 1927.

Es ist nun zu untersuchen, wie sich der Entwurf von 1927 zu dem Problem der mittelbaren Täterschaft stellt. — (Ein näheres Eingehen auf den Entwurf von 1925 erübrigt sich, da § 25 und § 27 des Entwurfs von 1925 mit den entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs von 1927 wörtlich übereinstimmen.) —

Auszugehen ist auch hier wieder von dem Begriff der Anstiftung, der in dem Entwurf von 1927 in dem § 29 niedergelegt ist. § 29 des Entwurfs lautet: „Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft." Rein äußerlich

---

[1]) Olshausen § 4 N. 2.
[2]) 16. Aufl. 1925
[3]) 18. Auflage 1931.
[4]) Frank, 18. Aufl. Anm. zu § 4.
[5]) Ders. Ansicht Wentura S. 36; Weber a. a. O. S. 27.

betrachtet, fällt zunächst auf, daß der Entwurf auf die Aufzählung von Mitteln der Anstiftung wie im § 48 des geltenden Rechts verzichtet. Damit ist zunächst einer Forderung Genüge getan, die schon mitunter in der Literatur angeregt wurde. So schreibt Nagler [1]): „Die Mittel, deren sich der Anstifter zur Einwirkung auf die fremde Willensverfassung bedient, sind einer Katalogisierung unfähig .... Eine Meisterung des unabsehbar vielseitigen praktischen Lebens durch feste Schablonen mußte dem Fluche der Unvollständigkeit und Willkürlichkeit verfallen."

Von großer Bedeutung ist, daß derjenige nun als Anstifter bestraft wird, der vorsätzlich **veranlaßt** hat, daß ein anderer eine Tat ausführt, während § 48 des geltenden Rechts sagt, daß derjenige als Anstifter bestraft wird, der einen anderen vorsätzlich **bestimmt** hat.

Bevor wir auf den Unterschied, der in diesen beiden Worten liegt, zu sprechen kommen, sei darauf hingewiesen, daß der Entwurf 1927 genau so wie das JGG und der Entwurf von 1925 an der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme festhält. § 31 des Entwurfes von 1927 bestimmt unter der Überschrift „selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers," daß die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen unabhängig ist von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt.

Wir haben gesehen, daß nach geltendem Recht eine Bestrafung wegen Anstiftung nur dann in Frage kommt, wenn die Handlung des Angestifteten objektiv rechtswidrig plus schuldhaft ist. Nach dem Entwurf von 1927 genügt für die Anstiftung, daß die Handlung objektiv rechtswidrig ist. „Mit der Ausdehnung des Begriffs der Anstiftung auf die Fälle, in denen der Ausführende nicht schuldfähig ist, wird die extrem akzessorische Auffassung der Anstiftung aufgegeben. Die Anstiftung bleibt nur insoweit selbständige Begehungsform, als sie, wenn schon keine schuldhafte, so doch eine rechtswidrige Handlung eines andern voraussetzt, die dem objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung entspricht. [2])

Welcher Unterschied liegt nun zwischen den beiden Worten „veranlassen" und „bestimmen?" Wir haben oben gesehen, daß der Dritte im Sinne des § 48 des geltenden Strafgesetzbuches nur dann bestimmt worden ist, „wenn er auf Grund der vom Anstiftenden ihm eingeimpften Triebe die Selbstbestimmung zur Tat getroffen hat." [3]) Darnach liegt Anstiftung vor, wenn der Angestiftete aus sich heraus eine strafbare Tat begehen will. Wir haben weiter gesehen, daß trotz der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme, die bei der Teilnahme von Straftaten an Kindern und Jugendlichen, die bei § 4 JGG eingeführt wurde, für die mittelbare Täterschaft dann Raum blieb, wenn

---

[1]) a. a. O. S. 141.

[2]) Begründung zum Entwurf, S. 28.

[3]) Nagler a. a. O. S. 140.

nach der mangelhaften geistigen und sittlichen Entwicklung bei dem Kind oder dem Jugendlichen unmöglich eine Selbstbestimmung auf Grund der Tätigkeit des Anstifters zur Tat vorliegt. Denn für die Anstiftung von Kindern und Jugendlichen ist sebstverständlich die Vorschrift des § 48 zugrunde zu legen, nach der derjenige als Anstifter bestraft wird, der einen andern zu der strafbaren Handlung **bestimmt** hat.

Das Veranlassen dagegen geht viel weiter als das Bestimmen. Um die Erfordernisse des Begriffs „veranlassen" zu erfüllen, genügt jede Ursache, die ein Tätigwerden des unmittelbar Handelnden herbeiführt.

Es ist hiernach nicht mehr erforderlich, daß der Angestiftete von sich aus die Tat ausführen will, sondern es genügt, daß er auf Grund der Veranlassung überhaupt tätig wird.

Es seien an dieser Stelle noch die Gegenvorschläge Oetkers [1]) zu dem § 25—27 des amtlichen Entwurfs von 1925 erörtert.

Oetker will zwischen Täter und Urheber unterscheiden. Nach seiner Definition ist Täter derjenige, der die strafbare Handlung selbst oder durch das von ihm bewirkte schuldlose Tun eines anderen begeht und Urheber, wer die Begehung einer strafbaren Handlung oder die Verwirklichung nur des äußeren Tatbestandes einer solchen durch einen anderen bewirkt. Der Urheber wird, auch wenn in seiner Person ein zu eigener Begehung der strafbaren Handlung erforderliches Tatbestandsmerkmal fehlt, wie ein Täter bestraft.

Täterschaft ist nach seiner Deduktion Selbstbegehung unter Verwirklichung der objektiven und subjektiven Verbrechensmomente, die nicht ausgeschlossen werde durch den Gebrauch eines sachlichen, tierischen oder persönlichen Werkzeugs. (Selbstbegehung im weiteren Sinne!)

Der Unzurechnungsfähige, dessen sich der Verbrecher zur Verwirklichung des eigenen Willens bedient, ist nicht Täter, sondern nur Werkzeug. Damit sei in Berichtigung des Entwurfs der Verbrechensbegehung durch das Medium eines Unzurechnungsfähigen, eines schuldlos Irrenden, der Charakter der Anstiftung entzogen und die Einordnung unter die Täterschaft gegeben.

Durch den Begriff des Urhebers werde — so meint Oetker — die bisherige Anstiftung „voll gedeckt" („wer die Begehung einer strafbaren Handlung . . . . bewirkt!") andererseits würden auch die weiteren Fälle des strafwürdigen Bestimmens eines anderen einbezogen („oder die Verwirklichung nur des **äußeren** Tatbestandes einer solchen durch einen Anderen bewirkt!"), die sich nicht oder nur gezwungen bei der Anstiftung unterbringen ließen.

Aufgabe des Gesetzgebers sei Anerkennung der Urheberschaft, nicht eine künstliche Erweiterung des Anstiftungsbegriffs.

So die Gegenvorschläge Oetkers.

---

[1]) G. S. Bd. 94 S. 1 ff.

Ist nun teils durch die Einführung der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme, teils durch das Wort „veranlassen" endgültig der Begriff der mittelbaren Täterschaft im Entwurf 1927 aufgehoben? Denn, so schreibt Kern,[1]) man habe den Ausdruck ‚veranlaßt' „offenbar in erster Linie deshalb gewählt, weil der Entwurf auch die Fälle der mittelbaren Täterschaft unter den Begriff der Anstiftung bringen will"

Bevor wir zu diesem Problem Stellung nehmen, ist auf die kritischen Betrachtungen der Literatur zu § 27 des Entwurfs von 1925 und zu § 29 des Entwurfs von 1927 einzugehen.

Gerland[2]) folgert aus der Begriffsbestimmung der Anstiftung und der selbständigen Strafbarkeit des Teilnehmers und Gehilfen, daß „das Prinzip der Akzessorietät radikal beseitigt sei, und daß es die mittelbare Täterschaft überhaupt nicht mehr gibt, da die hier in Betracht kommenden Fälle zum großen Teil unter den Begriff der Anstiftung, zum geringen Teil unter den der Beihilfe fallen."

Daß zunächst einmal die Ansicht, die Akzessorietät sei nun radikal beseitigt, irrig ist, ergibt sich schon aus der Begründung zum Anstiftungsparagraphen, wo es ausdrücklich heißt, daß nur die extrem akzessorische Auffassung der Anstiftung aufgegeben werde. Ob Gerland mit seiner weiteren Behauptung, es gebe nun überhaupt keine mittelbare Täterschaft mehr, recht hat, wird weiter unten zu erörtern sein. Dagegen schreibt u. a. Kohlrausch,[3]) daß der Begriff der mittelbaren Täterschaft durch jene Lockerung des Akzessorietätsgrundsatzes nicht entbehrlich werde. Denn einmal dehne der amtliche Entwurf die Begriffe Anstiftung und Beihilfe zu einem Umfang aus, der, wenn auch das praktische Ergebnis unberührt bleibe, sich mit der volksethischen Wertung nicht mehr decke.

Ebenso bedauert Finger,[4]) daß die Reichstagsvorlage sich nicht entschließen konnte, an die Stelle der Anstiftung des Entwurfs 1925, „die zwei völlig disparate Dinge die Anstiftung und die mittelbare Täterschaft zusammenfaßt, die Verbrechensform der Anstiftung rein herauszuarbeiten. Abgesehen davon, daß sich der Entwurf hierdurch von der Auffassung des Lebens entfernt, fasse er auch zwei Erscheinungen zu einer Einheit zusammen, die rechtlich doch wohl geschieden sein müßte."

Ebenso meint Lobe[5]) daß der Unterschied — zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft — weiterhin in der Rechtsprechung von Bedeutung sein werde, „wenn anders die psychische Seite der Tat ausreichend gewürdigt werden soll."

---

[1]) G. S. 92, 129.
[2]) Der Entwurf 1925, Allg. Teil, S. 52, 53.
[3]) Reform d. Strafrechts, 1926, S. 31, 32.
[4]) Die Reichtagsvorlage d. Amt. Entw. von 1927 im G. S. 95, 129/130
[5]) G. S. 92, 66.

Desgleichen sagt Ebermayer,[1]) daß durch den Anstiftungsparagraphen der Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft fortfiele, „was aber bedenklich ist, denn der Anstifter will, daß ein anderer die strafbare Handlung begeht, der mittelbare Täter will sie selbst durch einen nicht mit Tätervorsatz Handelnden begehen . . . . Richtiger wäre es wohl, statt „veranlassen“ zu sagen „bestimmen.“

Wir sehen also, daß sich die Literatur in ihren kritischen Betrachtungen zu den Anstiftungspharagraphen des Entwurfs von 1925 und des Entwurfs von 1927 zu der Verschmelzung der mittelbaren Täterschaft mit der Anstiftung ablehnend verhält.[2])

Der 32. Ausschuß des Reichstages[3]) hatte nun zunächst beschlossen, eine bestimmte Begriffsbestimmung für die mittelbare Täterschaft zu geben und schaltete den § 27a ein, der folgendermaßen lautete: „Täter ist, wer die Tat selbst begeht. — Täter ist auch, wer sich zur Ausführung der Tat eines anderen bedient, von dem er weiß oder sich vorstellt, daß er die Tat nicht vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist (mittelbarer Täter.) Demgemäß wurde auch dann die Anstiftung wieder enger abgegrenzt, und als Anstifter sollte derjenige bestraft werden, der einen anderen zu der von diesem begangenen Tat bestimmt hat.

Diese Bestimmungen wurden aber schließlich wieder aufgehoben und die Teilnahmebestimmungen endgültig so festgesetzt, wie der Entwurf sie ursprünglich vorgesehen hatte.[4])

Es wird also nach dem Entwurf festgehalten, daß als Anstifter derjenige bestraft wird, der vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt. Die Begründung zum Entwurf[5]) meint nun, daß dadurch der Begriff der mittelbaren Täterschaft zum großen Teil überflüssig sei. „Sein Anwendungsgebiet beschränke sich auf die Fälle, wo der Handelnde blindes Werkzeug des Urhebers, wo er in einem Irrtum befangen ist, der ihn gar nicht erkennen läßt, was er durch seine Handlung anrichtet,“ wo man, ohne der Sprache Gewalt antun zu müssen, nicht sagen kann, „daß er die Tat ausführt.“[5])

---

[1]) Deutsche Richterzeitung 1925, Sonderbeilage Richtertag 66; vgl. auch Wach, DJZ 1925, S. 536.

[2]) Vgl. auch Coenders a. a. Ort zum neuen Strafgesetz, S. 301;
Hegler a. a. O. S. 321.
Wegner a. a. O. Teilnahme, 1926, S. 112;
Dahm a. a. O. S. 98;
Kern a. a. O. S. 129 ff.;
Beling a. a. O. S. 371 ff.

[3]) Vgl. Verhandlungen des 32. Ausschusses 18. u. 19 Sitzung d. Wahlperiode 1924/27, DJZ 33. Jahrg. 1928, S. 74; Bell a. a. O. S. 3.

[4]) Vgl. Verhandlungen des 21. Ausschusses 7. Sitzung der Wahlperiode 1924/27 Bell a. a. O. S. 6.

[5]) S. 28

§ 5.

Untersuchung des Anwendungsgebiets der mittelbaren Täterschaft nach dem Entwurf von 1927 unter Gegenüberstellung des Anwendungsgebiets der mittelbaren Täterschaft nach geltendem Recht.

a) bei Geisteskrankheit.

Nach geltendem Recht findet der Begriff der mittelbaren Täterschaft zunächst Anwendung, wenn jemand durch einen Unzurechnungsfähigen den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung ausführen läßt.

Gemäß § 12 des Entwurfs ist nicht strafbar, wer zur Zeit der Tat nicht zurechnungsfähig ist.

Gemäß § 13 ist nicht zurechnungsfähig, wer zur Zeit der Tat wegen Bewußseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Ansicht zu handeln. Als unzurechnungsfähig gilt auch das Kind. Es soll zunächst erst der Fall der mittelbaren Täterschaft bei Zurechnungsunfähigkeit wegen Geisteskrankheit behandelt werden.

Folgendes Beispiel: A. fordert den geisteskranken B. auf, den C. zu töten.

Die Strafbarkeit des Anstifters ist nun nach § 31 des Entwurfes nicht mehr abhängig davon, ob dem Ausführenden, in unserem Falle also dem B, die Täterhandlung zugerechnet werden kann. „Aber nur die Strafbarkeit des Ausführenden ist unerheblich, nicht auch die Strafbarkeit der ausgeführten Tat. Diese muß sich zum mindesten als rechtswidrige Verwirklichung des objektiven Tatbestandes einer strafbaren Handlung oder doch als eine zur rechtswidrigen Verwirklichung des Tatbestandes führende Handlung darstellen. Sonst kann von Teilnahme keine Rede sein.“ [1])

Daß die Tötung eines Menschen objektiv rechtswidrig ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Es wäre also demgemäß zunächst das eine Erfordernis für eine Bestrafung wegen Anstiftung gegeben.

Als zweites Merkmal aber kommt hinzu, daß es für eine Bestrafung wegen Anstiftung nicht mehr des engen „Bestimmens“ d. h., daß der Angestiftete von sich aus die Tat will, bedarf, sondern daß es genügt, daß der Anstifter die Veranlassung zu einem Tätigwerden des Angestifteten gibt.

Wir müssen also zu dem Ergebnis kommen, daß in dem oben erwähnten Beispiel der A als Anstifter des Geisteskranken bestraft wird. Es ist daher nun nach dem Entwurf von 1927 für die mittelbare Täterschaft kein Raum mehr in den Fällen, in denen ein Geistes-

[1]) Begründung S. 30.

kranker auf Veranlassung eines Dritten eine objektiv rechtswidrige Handlung begeht.

b) Bei Kindern und Jugendlichen.

Es ist nun weiter zu untersuchen, wie nach dem Entwurf die Beteiligung Erwachsener an Straftaten von Kindern und Jugendlichen zu beurteilen ist.

Es sei zunächst darauf hingewiesen, daß der Entwurf in eindeutiger Weise festsetzt, daß bei Kindern und unentwickelten Jugendlichen der Grund der Straflosigkeit die fehlende Zurechnungsfähigkeit ist. § 15 des Entwurfes heißt: „Als nicht zurechnungsfähig gilt das Kind. Unter welchen Voraussetzungen den Jugendlichen eine Tat zuzurechnen ist, bestimmt das Jugendgerichtsgesetz.“ Die Begründung zu § 15 sagt, daß gegenüber Zweifeln, die bei der Auslegung des JGG laut geworden sind, der Entwurf klarstellt, „daß der Grund der Strafunmündigkeit die fehlende Zurechnungsfähigkeit ist, die bei Kindern unwiderlegbar vermutet wird, daß es sich also nicht um einen persönlichen Strafausschließungsgrund handelt.[1]) Durch diese Feststellung hat endlich ein jahrzehntelanger Streit sein Ende gefunden. Kinder und unentwickelte Jugendliche sind als unzurechnungsfähig anzusehen. Es steht Ihnen also ein Schuldausschließungsgrund zur Seite.

Die Altersstufe für Kinder und Jugendliche ist die gleiche wie im Jugendgerichtsgesetz. Gemäß § 9 Nr. 1 gilt als Kind, „wenn das Wort die Altersstufe bezeichnet, wer noch nicht 14 Jahre alt ist. Jugendlicher ist, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist.“

Wir haben nun oben gesehen, daß trotz § 4 JGG, durch die die limitiert akzessorische Form der Teilnahme in das Jugendgerichtsgesetz eingeführt wurde, doch in gewissen Fällen mittelbare Täterschaft wegen der engen Fassung des Anstiftungsparagraphen möglich ist. Wir haben auch gesehen, daß durch die weite Fassung des nunmehrigen Anstiftungsbegriffs des Entwurfs 1927 die Veranlassung zu der Tat eines Geisteskranken als Anstiftung zu bestrafen ist.

Da aber Kindern und unentwickelten Jugendlichen ein Schuldausschließungsgrund zur Seite steht, ist ebenfalls die „Veranlassung“ zu der Tat eines Kindes oder Jugendlichen regelmäßig als Anstiftung zu werten, denn auch hier bleibt die Handlung des Kindes bezw. des unentwickelten Jugendlichen wie bei einem Geisteskranken immer eine objektiv rechtswidrige.

Ich komme also abschließend zu dem Ergebnis, daß es nach dem Entwurf von 1927 eine mittelbare Täterschaft bei der Teilnahme von Erwachsenen an strafbaren Handlungen von Unzurechnungsfähigen (Geisteskranken, Kindern, unentwickelten Jugendlichen) nicht mehr

---

[1]) Begründung zum Entwurf, S. 16.

gibt, sondern daß der Erwachsene in jedem Falle als Anstifter bezw. wenn die Voraussetzungen der Beihilfe vorliegen, die nach § 30 des Entwurfs dann gegeben sind, wenn er „vorsätzlich einem anderen zu einer Tat Hilfe leistet," als Gehilfe zu bestrafen ist.

c) Bei Irrtum des Anstifters über die geistige Qualität des Handelnden.

Wie sind nun diejenigen Fälle zu beurteilen, in denen sich der Anstiftende über die Zurechnungsfähigkeit des Angestifteten irrt? z. B. der A (mit Anstiftervorsatz) fordert den B zur Tötung des C auf. Er hält den B für gesund, B ist aber in Wahrheit geisteskrank. Gerade diese Fälle des Irrtums des Veranlassenden über die geistige Qualität des unmittelbar Handelnden machen im geltenden Strafrecht wegen der extrem akzessorischen Form der Teilnahme die größten Schwierigkeiten, und die Ansichten über eine Bestrafung des Auffordernden gehen auseinander. Das Reichsgericht [1]) glaubt in solchen Fällen, zu völliger Straflosigkeit kommen zu müssen. Anstiftung könne nicht vorliegen, da es der extrem akzessorischen Form der Teilnahme wegen an einer strafbaren Haupttat fehle, da ein Geisteskranker nicht schuldhaft handeln kann. Mittelbare Täterschaft aber komme nicht in Frage, da der Anstiftende nicht den animus auctoris, sondern nur einen unselbständigen animus gehabt habe.

Frank, [2]) der in früheren Auflagen (11. — 14. Aufl. S. 81) den Anstifter in diesen Fällen wegen fahrlässiger Begehung der Tat zur Verantwortung ziehen wollte, meint jetzt, daß der Anstifter in diesen Fällen mehr getan habe, als es seinem Vorsatz entspreche. Doch dieses Plus dürfe ihm nach der Vorsatzlehre nicht zugerechnet werden. Es besteht aber kein Grund, „ihn einen Vorteil daraus ziehen zu lassen. Er bleibt aber immerhin in dem Maße haftbar, wie er als Anstifter gewesen wäre. Es trifft ihn also die Täterschaft." [2])

Ein anderer Teil des Schrifttums [3]) legt auf den Irrtum über die geistige Qualität des unmittelbar Handelnden keinen Wert. „Sind dolus des mittelbaren Täters und des Anstifters gleichartig, so muß ein Irrtum darüber, ob man als Täter oder Teilnehmer handelt, vollkommen außer Betracht bleiben. Sobald ein Erfolg auf den getätigten verbrecherischen Willensentschluß als Ursache zurückführbar ist, kann der Veranlasser dieses Erfolges zur Verantwortung gezogen, werden. Ob er alsdann als Täter oder Anstifter zu bestrafen ist wird die vom positiven Recht von uns verlangte Untersuchung ergeben,

---

[1]) R G 11, 56; 40, 21.

[2]) S. 100, 16. Aufl. 1925.

[3]) Winter a. a. O. S. 31; Liszt-Schmidt § 50 Anm. 2; Finger 1, Seite 336; M. E. Mayer S. 394; Wachenfeld S. 40; Wachenfeld S. 134; Mayer-Allfeld S. 215.

ob der Veranlaßte vorsätzlich in derselben Willensrichtung tätig gewesen ist wie der Veranlassende.[1]) Es würde also im oben erwähnten Beispiel nach dieser Ansicht der A als mittelbarer Täter bestraft werden, da eine Bestrafung wegen Anstiftung kraft positiv-rechtlicher Vorschrift nicht in Frage kommt, da der veranlaßte B. unzurechnungsfähig ist.

Liegt der Fall umgekehrt — A bestimmt den B zum Morde an C, A hält B für geisteskrank, während B in Wahrheit gesund ist — so ist nach der einen Meinung A als Anstifter zu bestrafen, da bei B dann sowohl eine objektiv rechtswidrige als auch subjektiv schuldhafte Handlung vorliegt, daher also auf Grund der Vorschrift des § 48 der extrem akzessorischen Akzessorietät Genüge getan ist.[3]) Nach Nagler[2]) ist auch hier Täterschaft anzunehmen; denn der Irrtum über den Kausalverlauf könne zwar den Charakter der Urheberschaft als solchen nicht trüben, schließe aber den spezifischen Anstiftungsdolus aus. „Denn auf die Auslösung des Verbrechenvorsatzes in einem Dritten auf die Bestimmung im Sinne des § 48 StGB war eben sein Wille nicht gerichtet. Die subjektive Seite der Anstiftung nach § 48 StGB ist also nicht erfüllt. Hat er freilich mit der Möglichkeit gerechnet, daß der Dritte als verantwortliches Subjekt die Tat vollführe und — da für ihn kein Interesse an der Ausführung gerade durch einen Haftfreien bestand — auch ohne weiteres diese Konstellation eventuell in seinen Willen aufgenommen, so hat er den Anstiftervorsatz und unterfällt daher dem § 48 StGB.“[2])

Der Kommissionsentwurf und Entwurf 1919 wollten diese Fälle extrem subjektiv lösen. Es sollte mittelbare Täterschaft selbst dann vorliegen, wenn sich nachträglich ergab, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war, während Anstiftung auch dann vorliegen sollte, wenn der Angestiftete nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war (vgl. §§ 33, 35 Kommissionsentwurf und §§ 26, 28 Entw. 1919). Nach den Entwürfen von 1925 und 1927 hat auch dieser Streit sein Ende gefunden. Da wie wir gesehen haben, nach den Entwürfen ein Unzurechnungsfähiger ebenso angestiftet werden kann wie ein Zurechnungsfähiger, ist es gleichgültig, ob sich der Anstifter über die Qualität des Angestifteten irrt. Er ist regelmäßig in diesen Fällen als Anstifter zu bestrafen[4]).

---

[1]) Petri S. 60; vergl. auch Nagler S. 149.

[2]) S. 151.

[3]) Frank Vorbem. Abschn. III, II, 2, Beling, Lehre von Verbrechen, S. 254; Meyer-Allfeld 216; Winter 31.

[4]) Vgl. Clementz a. a. O. S. 37.

d) Bei Irrtum des Handelnden.

Ein Fall der mittelbaren Täterschaft liegt nach geltendem Recht auch dann vor, wenn der Handelnde selbst von einem Dritten in einen Irrtum versetzt wird.

Es irrt sich nicht, wie in den vorhergehenden Fällen, der Anstifter über die geistige Qualität des unmittelbar Handelnden, sondern in diesem Falle wird der unmittelbar Handelnde, der zurechnungsfähig ist, von dem Veranlasser in einen derartigen Irrtum versetzt, „daß er seiner Einwirkung auf die Außenwelt einen ganz andern Erfolg zuschreibt.“ [1]) Der unmittelbar Handelnde befindet sich also in einem Irrtum über das Vorhandensein von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören (§ 59 StGB). Folgendes Beispiel soll uns dies klar machen. Der Arzt A veranlaßt die Krankenpflegerin B. dem Kranken C eine Dosis Gift zu geben. Er sagt aber der B, daß dies, was sie dem C reiche, eine für ihn notwendige Medizin sei. In diesem Falle befindet sich also die B in einem Irrtum. Infolge dieses Irrtums kennt sie nicht Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Da aber die Kenntnis sämtlicher Tatumstände zum Vorsatz gehört, kann in diesem Falle ein vorsätzliches Handeln nicht vorliegen. Infolgedessen kann nach geltendem Recht, da es an der subjektiven Seite des gesetzlichen Tatbestandes, nämlich der Schuld der Pflegerin fehlt, eine Bestrafung des Arztes wegen Anstiftung gar nicht in Frage kommen, sondern nur eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft.

Der Entwurf von 1927 enthält eine, dem § 59 entsprechende Vorschrift nicht. Diese Vorschrift ist durch die Bestimmung über den Vorsatz (§ 17) und über den Irrtum überflüssig geworden.

Gemäß § 17 handelt derjenige vorsätzlich, der den Tatbestand einer strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht oder die Verwirklichung zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist. Aus dieser Begriffsbestimmung des Vorsatzes ergibt sich nun mit Deutlichkeit, daß nicht vorsätzlich handelt, „wer irgend eine für den Tatbestand wesentliche Eigenschaft oder die Folgen seiner Handlung nicht kennt. Ob die Eigenschaft gegenständlicher oder rechtlicher Natur ist, und ob der Irrtum auf einer Sinnestäuschung oder auf Unkenntnis eines Rechtssatzes beruht, macht keinen Unterschied.“ [2])

Die Begründung führt als Beispiel dieses Irrtums den Fall an, daß jemand auf einen Menschen schießt, den er in der Dämmerung für ein Stück Wild hält (Irrtum in Beziehung auf ein Tatbestandsmerkmal gegenständlicher Art) und nimmt als Beispiel für den Irrtum in Beziehung auf ein Tatbestandsmerkmal rechtlicher Art den Fall, in dem jemand eine fremde Sache wegnimmt in dem

---

[1]) Vrgl. Begründung z. Entw. 1927, S. 28; Kern a. a. O. S. 131;

[2]) S. 17 der Begründung.

Glauben, sie sei sein Eigentum. In diesen beiden Fällen verwirklicht der andere den Tatbestand einer strafbaren Handlung nicht mit Wissen und Wollen, und es fehlt ihm also gemäß der Begriffsbestimmung des Vorsatzes im Entwurf am Vorsatz. Der Irrtum, der also regelmäßig den Vorsatz ausschließt, sei es ein Irrtum tatsächlicher oder rechtlicher Art, fällt unter § 17.

Dagegen ist im § 20 derjenige Irrtum behandelt, bei dem der Täter regelmäßig zwar vorsätzlich, aber entschuldbar handelt.

Es wird gemäß der Vorschrift des § 20 Abs. 1, die im Entwurf zunächst unter § 17 als Abs. 2 aufgeführt war, aber dann aus „logischen Erwägungen" [1]) auf die Bestimmung über den Irrtum (§ 20) übertragen wurde, wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft, der irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder ihn — den Täter — straffrei machen würde (Tatirrtum).

Gemäß der Vorschrift des § 20 Abs. 2, die im Entwurf zunächst als § 20 unter der Überschrift „Rechtsirrtum" aufgeführt war, ist der Täter straffrei, wenn er zwar vorsätzlich aber im entschuldbaren „Rechtsirrtum" handelt, der ihn das unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt; ist der Irrtum nicht entschuldbar, so kann die Strafe gemildert werden.

Es sollen nach der Begründung zu den früheren § 17 Abs. 2 [2]) und jetzigen § 20 Abs. 1 [3]) unter diesen Irrtum diejenigen Fälle fallen, in denen der Täter in Putativnotwehr oder in Putativnotstand handelt. Es hält z. B. jemand die harmlose Bewegung eines andern für einen Angriff und setzt sich durch einen Gegenangriff zur Wehr und verwundet ihn. Hier handelt derjenige, der sich zur Wehr setzte, vorsätzlich; denn er begeht mit Wissen und Wollen eine Körperverletzung.

Trotzdem soll er nicht wegen vorsätzlicher Körperverletzung gemäß § 259 I des Entwurfs bestraft werden. „Der Irrtum, in dem der Täter handelt, soll die gleiche Wirkung haben, als ob er den Vorsatz ausschlösse."

Ebenso ist bei dem Rechtsirrtum des § 20 Abs. 2 unbedingte Voraussetzung, daß der Täter vorsätzlich handelt. (§ 20 Abs. 2 „Handelt der Täter vorsätzlich" . . .).

Nach der Begründung (S. 20 [4]) soll solch ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegen, „wenn dem Täter kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß er über das Recht geirrt hat." Für dessen Beurteilung sollen die „allgemein herrschenden sozialethischen Anschauungen eine gewisse Richtschnur bilden." So soll ein unentschuldbarer Rechtsirrtum gegeben sein, wenn der Täter über einen Rechtssatz irrt, der dem Volksbewußtsein direkt eingeprägt ist. („Was nach der Auf-

---

[1]) cf. Bell a. a. O. S. 2.

[2]) S. 17.

[3]) cf. Verhdl. des 18. Ausschusses V. Wahlperiode 1930, 5. Sitzung.

[4]) Vgl. auch Verhandlungen des 18ten Ausschusses des Reichtages V. Wahlperiode 1930, 5. Sitzung.

fassung aller Rechtsschaffenden als unzulässig gilt.") Handelt es sich dagegen um einen Rechtssatz, bei dem diese Voraussetzungen nicht vorliegen, z. B. ein neues Polizeiverbot, dann ist ein solcher Irrtum als entschuldbar anzusehen.

Zusammenfassend ist also nochmals festzustellen, daß der Irrtum tatsächlicher oder rechtlicher Art, der den Vorsatz ausschließt, unter § 17 fällt, während § 20 von dem Irrtum spricht, bei dem der Täter zwar vorsätzlich, aber entschuldbar handelt.

Nach diesen Feststellungen ist nicht schwer zu entscheiden, unter welchen Irrtum der Irrtum der Krankenpflegerin in dem oben erwähnten Beispiel fällt. Es liegt in diesem Falle ein Irrtum des § 17 vor; denn da die Krankenpflegerin nicht mit Wissen und Wollen die strafbare Handlung verwirklicht, handelt sie nicht vorsätzlich. Sie befindet sich also in einem Irrtum in Beziehung auf ein Tatbestandsmerkmal gegenständlicher Art, der den Vorsatz ausschließt. Objektiv rechtswidrig ist aber die Tat der Krankenpflegerin, und es wäre soweit eine Voraussetzung für eine Bestrafung wegen Anstiftung gegeben. Doch glaube ich nicht, daß man in einem solchen Falle des Irrtums, wo die Krankenpflegerin gar nicht merkt, was sie mit ihrer Handlung anrichtet, sagen kann, sie sei von dem Arzt zur Tötung des C „veranlaßt" worden. Es liegt ja gerade hier ein Fall vor, „wo der Handelnde blindes Werkzeug des Urhebers ist, wo er in einem Irrtum befangen ist, der ihn gar nicht erkennen läßt, was er durch seine Handlung anrichtet, wo er nicht weiß, was er tut." In diesen Fällen soll aber gerade nach der Begründung [1]) Raum für die mittelbare Täterschaft vorhanden sein. Es wird auf S. 27 der Begründung für den Fall der mittelbaren Täterschaft folgendes Beispiel angeführt:

Ein Steuermann wird durch falsche Signale auf ein Riff gelockt und dadurch wird das Schiff zum Stranden gebracht. Dieses Beispiel ist unserm Beispiel vollkommen gleichgelagert. In dem Falle befindet sich der Steuermann (in unserem Fall die Krankenschwester) in einem Irrtum, der bei beiden infolge ihres Irrtums gar nicht die Möglichkeit ahnen läßt, was sie durch ihre Handlung anrichten. Sie wissen beide nicht, was sie wirklich tun. Es würde wohl auch in diesen Fällen dem natürlichen Sprachgebrauch widerstreben, zu sagen, der Steuermann bezw. die Krankenschwester seien zu der Tat veranlaßt worden.

Es ist daher auch nach dem Entwurf 1927 in den Fällen eines solchen Irrtums der Urheber nicht als Anstifter, sondern als mittelbarer Täter zu bestrafen.

---

[1]) S. 27.

e) Bei Fahrlässigkeit des Handelnden.

Es ist an dieser Stelle noch kurz die Frage zu streifen, ob es nach dem Entwurf Anstiftung zu fahrlässig begangenen Handlungen gibt. Nach geltendem Recht ist, wenigstens gemäß der herrschenden Meinung [1]), keine Teilnahme an fahrlässigen Delikten möglich, sondern diese Fälle werden gleichfalls unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft gewertet.

Nehmen wir in dem vorher erwähnten Beispiel an, die Krankenschwester habe fahrlässig gehandelt bezw. ihr Irrtum beruhe auf Fahrlässigkeit, da sie auf Grund ihrer beruflichen Erfahrung erkennen mußte oder konnte, daß die angebliche Arznei Gift ist.

Die Begriffsbestimmung für Fahrlässigkeit ist im Entwurf in § 19 niedergelegt. Es handelt derjenige fahrlässig, der die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist und deshalb nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen kann, oder, obwohl er dies für möglich hält, darauf vertraute, daß es nicht geschehen wird. Die Vorschriften über fahrlässige Handlungen sind auch dann anzuwenden, wenn der Täter nur deshalb nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden kann, weil er infolge eines auf Fahrlässigkeit beruhenden Irrtums einen Sachverhalt angenommen hat, der die Tat gerechtfertigt oder ihn straffrei gemacht hätte.

Hat also in dem oben erwähnten Beispiel die Krankenschwester fahrlässig gehandelt, oder beruhte ihr Irrtum auf Fahrlässigkeit, dann ist sie selbst wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen, der Arzt aber wegen Anstiftung und zwar aus folgendem Grunde. Hier hat der Arzt „veranlaßt" daß die Krankenschwester in fahrlässiger Weise zur Tötung des C tätig wird. Das Bestimmen des § 48 StGB dagegen setzt voraus, daß der Angestiftete mit **vollem** Verantwortungsbewußtsein die Handlung, zu der er angestiftet wurde, begeht, das bei Fahrlässigkeit aber nicht in diesem Maße gegeben ist, sondern nur beim Vorsatz. In diesen Fällen sehen wir ganz besonders, daß das Wort „Veranlassen" viel weiter geht als das „Bestimmen" in dem Begriff der Anstiftung des geltenden Rechts. Derjenige, der also veranlaßt, daß ein Dritter in fahrlässiger Weise eine strafbare Handlung begeht, wird regelmäßig als Anstifter bestraft. Es gibt somit nach dem Entwurf von 1927 Anstiftung zum fahrlässigen Delikt. [2])

---

[1]) Meyer-Allfeld S. 221, 225; Schwartz Anm. 2 zu § 58; Frank Vorbem. z. Abschn. III, IV, 2; RG 10, 8; 23, 175; 51, 39; 53, 27.

[2]) Ders. Ans. Kern, Die Teilnahme, 1925, G. S. 92, S. 129.

f) Bei Notwehr.

Auch in gewissen Fällen der Notwehr ist nach geltendem Recht eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft möglich. Da eine Notwehrhandlung nicht rechtswidrig ist, ist auch die Teilnahme an der Notwehrhandlung straflos.

Wenn sich aber jemand die Notwehrhandlung eines andern dazu dienstbar macht, um sein verbrecherisches Ziel zu erreichen, so kann nach geltendem Recht diese Teilnahme gleichwohl als mittelbare Täterschaft angesehen werden, z. B: A will sich seines Feindes C entledigen, der ihm als jähzornig bekannt ist. Er bestimmt B, den C zu ärgern. B ärgert den C tatsächlich so lange, bis C in seinem Jähzorn den B angreift, so daß B gezwungen ist, den C niederzuschießen. In diesem Falle ist A dann als mittelbarer Täter zu bestrafen, wenn er von vornherein die Absicht hatte, durch die Notwehrhandlnng des B, sich seines Feindes C zu entledigen. Er hat dann von sich aus einen rechtswidrigen Erfolg verursacht.

Im Entwurf 1927 ist die Notwehr im § 24 niedergelegt. Es ist in dieser Begriffsbestimmung ausdrücklich gesagt, daß die Tat, die in Notwehr begangen wird, nicht rechtswidrig ist. Gemäß der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme, die der Entwurf von 1927 einführt, ist es aber notwendig, daß die Tat als solche rechtswidrig ist. Nur die Strafbarkeit des Ausführenden ist unerheblich, „nicht auch die Strafbarkeit der ausgeführten Tat. Diese muß sich zum mindesten als rechtswidrige Verwirklichung des objektiven Tatbestandes einer strafbaren Handlung oder doch als eine zur rechtswidrigen Verwirklichung des Tatbestandes führende Handlung darstellen. Sonst kann von Teilnahme nicht die Rede sein.“ [1])

Da aber die Notwehrhandlung nicht rechtswidrig ist, kann in diesem Falle auch nach dem Entwurf von 1927 eine Bestrafung des A wegen Anstiftung nicht in Frage kommen, da B keine objektiv rechtswidrige Handlung begeht, was aber für eine Bestrafung wegen Anstiftung Voraussetzung ist. Daher ist A auch nach dem Entwurf von 1927 als mittelbarer Täter zu bestrafen. [2])

g) Bei Notstand.

Weiter ist nach geltendem Recht eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft gegeben, wenn jemand sich einer im Notstande befindlichen Person als Mittel bedient, um seine verbrecherischen Absichten zum Erfolge zu führen [3]).

---

1) Begründung, S. 30.

2) Dahm a. a. O. S. 97.

3) Frank § 52 III; v. Liszt § 50 II; Meyer-Allfeld S. 233 Anm. 6; Petri S. 24 Weber S. 30.

Die §§ 52 und 54 StGB sind durch § 25 des Entwurfs ersetzt. Danach handelt derjenige im Notstand, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem andern abzuwenden, wenn ihm oder dem Gefährdeten unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehender Interessen nicht zuzumuten ist, den drohenden Schaden zu dulden.

Ist der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung zu erwartenden Schaden unverhältnismäßig groß, so handelt der Täter nicht rechtswidrig. Andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, ist aber straffrei. Einwirkung auf Leib und Leben sind nur zum Schutze von Leib und Leben zulässig.

Der Entwurf entscheidet also zwei Möglichkeiten. In dem einen Falle ist der Notstand ein Rechtfertigungsgrund in dem andern Falle handelt der Täter zwar rechtswidrig ist aber straffrei. Es geht aus dem Worte straffrei nicht hervor, ob die Tat des im Notstand Handelnden einen Schuld- oder einen Strafausschließungsgrund bilden soll. Richtig ist es wohl nach der für das geltende Strafrecht vertretenen Meinung, diese Art Notstand als Schuldausschließungsgrund anzusehen.

Im ersten Falle, in dem der Notstand ein Rechtfertigungsgrund bildet, kann derjenige, der sich einer im Notstand befindlichen Person als Mittel bedient, um eine strafbare Handlung auszuführen, nur als mittelbarer Täter bestraft werden, [1]) da eine Bestrafung wegen Teilnahme nach dem Entwurf nur dann in Frage kommt, wenn die Tat mindestens objektiv rechtswidrig ist; im zweiten Falle, in dem die Tat rechtswidrig ist, kommt eine Bestrafung wegen Anstiftung in Frage. Es wäre also ein Fall der mittelbaren Täterschaft in folgendem Beispiel gegeben [2]) A stößt den B in einen Teich, den B nur unter Zerstörung der am Ufer befindlichen Blumen- und Rasenanlagen verlassen kann. A weiß dies und hat den B deswegen in den Teich gestoßen, damit B, wenn er sich aus dem Teich rettet, die Anlagen zerstört. B begeht zwar eine Sachbeschädigung, er befindet sich aber in einem Notstand, der in diesem Falle nicht rechtswidrig ist; denn hier ist der drohende Schaden, das Ertrinken, gegenüber dem aus der Einwirkung zu erwartenden Schaden (Sachbeschädigung) unverhältnismäßig groß. Eine Bestrafung wegen Anstiftung kann also nicht in Frage kommen, da die Tat nicht einmal objektiv rechtswidrig ist. A kann nur als mittelbarer Täter bestraft werden, wenn er von vornherein die Absicht hatte, den B nur deswegen in den Teich zu stoßen, um dadurch die Gartenanlagen zu zerstören.

---

[1] Dahm a. a. O. S. 97/98.

[2]) Vgl. Weber a. a. O. S. 30; Clements S. 36/37.

„Es ist also mittelbare Täterschaft insoweit erhalten geblieben, als der unmittelbar Beteiligte aus objektiven Gründen Werkzeug ist. Hierher gehören die Fälle, wo der Ausführende nicht rechtswidrig handelt,“ [1]) also im Falle der Notwehr und in denjenigen Fällen, in denen nach § 25 II, 1. Halbsatz das Handeln des im Notstand Befindlichen nicht rechtswidrig ist.

h) Beim dolosen Werkzeug!

Es sind noch die Fälle zu untersuchen, wo nach geltendem Recht der Begriff der mittelbaren Täterschaft Anwendung findet, weil zur Begehung der strafbaren Handlung neben dem Vorsatz noch eine besondere Absicht, z. B. die Zueignungsabsicht beim Diebstahl, erforderlich ist. Wenn also z. B. der A den B bestimmt, für ihn im Keller Wein zu stehlen, so kann B wegen Diebstahls nicht bestraft werden, da ihm die Absicht fehlte, die Sache „sich rechtswidrig zuzueignen.“ Infolgedessen konnte A nicht wegen Anstiftung bestraft werden. Man half sich in diesen Fällen mit der Konstruktion des dolosen Werkzeugs [2]) und bestrafte den A als mittelbaren Täter zum Diebstahl, den B, der dolos handelte, als Gehilfen gemäß § 49 StGB.

Für den Entwurf ist in diesen Fällen der Begriff des dolosen Werkzeugs überflüssig geworden, da der Entwurf die entsprechenden Tatbestände erweitert hat. So wird wegen Diebstahls gemäß § 328 des Entwurfs bestraft, wer eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, sich oder einen **Dritten** durch Zuneigung der Sache unrechtmäßig zu bereichern (vgl. auch die §§ 121, 338 des Entwurfs). Im gegebenen Beispiel würde also der B wegen Diebstahls bestraft werden, der A naturgemäß dann als Anstifter.

Auch half man sich mit dem Hilfsbegriff des dolosen Werkzeugs in den Fällen, in denen ein Beamter ein echtes Amtsdelikt durch einen eingeweihten, also dolos handelnden Nichtbeamten ausführen ließ. Es bediente sich z. B. ein Beamter eines Nichtbeamten zu einer falschen Beurkundung aus § 348 StGB. Der Nichtbeamte konnte hier nicht Täter sein, da es sich in diesem Falle um ein sog. echtes Amtsdelikt handelt, das nur von einem Beamten begangen werden kann. Der Beamte ist aber nicht unmittelbarer Täter, da er die Falschbeurkundung nicht selbst vornimmt. Es wurde daher der Beamte als mittelbarer Täter nach § 348 StGB, der dolos handelnde Nichtbeamte als Gehilfe bestraft. Die Regelung dieses Falls im Entwurf ist folgende:

Gemäß § 32 Abs. 1 sind wegen einer Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, Anstifter und Gehilfe strafbar, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse

---

[1]) Dahm S. 97.

[2]) Vgl. Flegenheimer a. a. O., insbes. S. 4—21.

bei ihm oder beim Täter vorliegen. Es wird also durch diese Vorschrift ausdrücklich im Gesetz festgelegt, „daß Personen bei denen die die Strafbarkeit eine Handlung begründenden besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse zutreffen, nicht bloß dann strafbar sind, wenn sie die Handlung selbst vornehmen, sondern auch dann, wenn sie bloß andere dazu anstiften, bei denen diese besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen und die dadurch selbst nicht strafbar sind. Gleichgültig ist es auch hier, ob die die Tat unmittelbar ausführende Person zurechnungsfähig ist oder nicht.“ [1]) Dabei ist aber Voraussetzung, daß die Handlung, zu der angestiftet oder Beihilfe geleistet wird,“ auch wenn sie eine beliebige andere Person vornimmt, immer noch eine rechtswidrige Handlung bleibt, daß sie nicht etwa durch das Fehlen der besonderen Eigenschaften und Verhältnisse in der Person des Ausführenden zu einer indifferenten Handlung wird.“ [1])

Es würde also in dem aufgeführten Beispiel der Beamte, der den eingeweihten Nichtbeamten zu der Falschbeurkundung veranlaßt hat, die sich als eine rechtswidrige Handlung darstellt, (was aber jetzt zu einer Bestrafung wegen Anstiftung genügt), als Anstifter zu § 132 des Entwurfs bestraft werden, da hier die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse (Beamteneigenschaft) bei ihm als Anstifter vorliegen, und da gemäß § 32 des Entwurfs Anstifter und Gehilfe strafbar sind, wenn diese besonderen Eigenschaften bei ihnen (als Anstifter oder Gehilfe) vorliegen.

Wir sehen also, daß nach dem Entwurf auch in den Fällen des sog. dolosen Werkzeugs des geltenden Rechts eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft nicht mehr in Frage kommt, sondern daß auch hier eine Bestrafung wegen Anstiftung erfolgt, so daß sich somit der Hilfsbegriff des dolosen Werkzeugs im Entwurf erübrigt.

§ 6.

Die nach geltendem Recht bestrittene Frage, ob Begehung in mittelbarer Täterschaft möglich ist und die Regelung dieser Fälle im Entwurf:

a) bei Sonderdelikten.

Eine sehr bestrittene Frage ist es nach geltendem Recht, ob die Sonderdelikte, insbesondere die Amtsdelikte, in mittelbarer Täterschaft begangen werden können. Z. B.: Ein Nichtbeamter bedient sich bewußt widerrechtlich eines geisteskranken Richters, indem er ihn für oder gegen den Schuldigen einnimmt, dazu, um einen falschen Urteilsspruch zu erwirken. Es fragt sich, ob der Nichtbeamte wegen Rechtsbeugung gemäß § 336 StGB in mittelbarer Täterschaft bestraft werden kann. In ablehnender Weise äußert sich

[1]) Begründung S. 30.

Nagler. „Ein Ersatz rein physischer Hilfsmittel ist jederzeit zu beschaffen. Allein rechtliche Voraussetzungen können für die Person des Täters nicht surrogiert werden. Nur soweit eine rechtliche Gleichwertigkeit der Beteiligten besteht, kann die Begehungsform der sog. mittelbaren Täterschaft im einzelnen über Schwierigkeiten hinweghelfen, die einer bestimmten Verbrechensverübung entgegenstehen„ [1]) Der Handlung der Privatperson aber mangelt" die rechtliche Eigenschaft, die das Kennzeichen des Sonderverbrechens bildet: Sie kann nicht von der Tat seines Werkzeugs losgetrennt und zum Bestandteil seiner Handlung erhoben werden. Sie bleibt bloß deren Zutat. Der nicht Vinkulierte handelt sittlich schuldhaft, aber er entbehrt der rechtlichen Schuld." [2])

Nach der andern Ansicht ist dagegen die mittelbare Täterschaft bei den Sonderdelikten möglich. Begründet wird die Ansicht damit, daß der Nichtbeamte der eigentliche Verursacher des Erfolges ist. „Die Folgen seiner verursachenden Tätigkeit, d. h. hier die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes eines Beamtendelikts — in unserem Falle die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Rechtsbeugung — werden ihm aber zugerechnet, weil er auf Grund der Kausalitätsgesetze der eigentliche Täter ist." [3])

Es ist nach dieser Ansicht der Nichtbeamte als mittelbarer Täter eines echten Amtsdelikts zu bestrafen. Der Entwurf hat auch für diese Fälle die grundlegende Neuerung des § 32 geschaffen. Wir haben schon oben gesehen, daß nach der Fassung des Anstiftungsbegriffs (§§ 29 und 31 im Entwurf 1927) derjenige, der einen Geisteskranken zur Begehung einer strafbaren Handlung benutzt, nicht mehr als mittelbarer Täter, sondern als Anstifter bestraft wird. Nun sagt § 32 ausdrücklich, daß wegen einer Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, Anstifter und Gehilfe strafbar sind, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse bei Ihnen oder beim Täter vorliegen. In diesem Falle liegen die besonderen Eigenschaften (Beamteneigenschaften) beim geisteskranken Richter, dem unmittelbaren Täter, vor. Der Nichtbeamte wird in dem angeführten Beispiel als Anstifter zu einer Rechtsbeugung gemäß § 129 des Entwurfs bestraft. „Nach der Regel des § 32 ist mithin auch jemand, der nicht Amtsträger ist, als Anstifter strafbar, wenn er einen geisteskranken Amtsträger veranlaßt, ... ein echtes Amtsdelikt zu begehen." [4])

---

[1]) Nagler a. a. O. S. 71.

[2]) Nagler a. a. O. S. 72. Ders. Ans. Frank Vorbem. III. Abschn. 3; Liszt-Schmidt § 50, 3; Ebermayer S. 39; Schwartz § 47 Anm. 2.

[3]) Petri S. 68; Winter S. 38; Weber S. 36/37.

[4]) Vgl. Begründung S. 30.

b) bei eigenhändigen Delikten.

Wie bei den Sonderdelikten, so ist auch bei den sog. eigenhändigen Delikten, insbesondere bei gewissen Sittlichkeitsdelikten, die Meinung geteilt, ob diese in mittelbarer Täterschaft begangen werden können. So schreibt u. a. Ohlshausen: [1]) „Diese mittelbare Täterschaft ist jedoch überall da nicht denkbar, wo der intellektuelle Urheber den Tatbestand nicht selbst ausführen konnte, insofern die erforderlichen Eigenschaften und Verhältnisse bei jenen nicht vorliegen, wie z. B. die Eigenschaft des Täters als Mannsperson bei dem Verbrechen der Schändung." Diejenigen, die auch in diesen Fällen mittelbare Täterschaft annehmen, begründen ihren Standpunkt damit daß auch hier der mittelbare Täter der Verursacher des Erfolges ist. [2])

Es wird nach dieser Ansicht als mittelbarer Täter bestraft der A, der den geisteskranken G anstiftet, mit seiner, des G's Schwester, den Beischlaf auszuüben und zwar als mittelbarer Täter zur Blutschande gemäß § 173 StGB, und es wird als mittelbarer Täter zur Notzucht (§ 177 StGB) bestraft diejenige Frau, die einen Geisteskranken anstiftet, eine andere Frau zu notzüchtigen.

Nach dem Entwurf sind auch diese Fälle in § 32 geregelt, und zwar kommt in beiden Fällen eine Bestrafung wegen Anstiftung in Frage. Denn auch hier sind die Handlungen des Geisteskranken objektiv rechtswidrig. Im ersten Beispiel erfüllt der Geisteskranke den objektiven Tatbestand des § 290 des Entwurfs, im zweiten Falle des § 283 des Entwurfs. Es liegt also jedesmal eine objektiv rechtswidrige Handlung vor. Die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse liegen in beiden Fällen bei dem unmittelbar Ausführenden (dem Täter) vor, im ersten Falle ist es die Verwandteneigenschaft des Geisteskranken mit seiner Schwester, im zweiten Falle sind die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse damit begründet, daß nur ein Mann eine Frau notzüchtigen kann. In diesen Fällen ist nun gemäß § 32 des Entwurfs strafbare Teilnahme in der Weise denkbar, „daß eine Person, bei der die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse vorliegen, von einer anderen zur Ausführung der Tat angestiftet oder von ihr dabei unterstützt wird." [3])

Folgerichtig wird also im ersten Falle der A wegen Anstiftung zur Blutschande, die Frau wegen Anstiftung zur Notzucht bestraft.

Immer aber bleibt notwendige Voraussetzung, daß die Handlung, zu der angestiftet oder Beihilfe geleistet wird, „auch wenn sie

---

[1]) I, 1. Teil Abschn. 3 Anm. 5. Ders. Ans. Frank, Vorbem. 3, Abschn. III; Wachenfeld S. 198; Schwartz § 47 A. 2.

[2]) Petri S. 44; Winter S. 36; Weber S. 40.

[3]) Begründung, S. 30.

eine beliebige andere Person vornimmt, eine rechtswidrige Handlung bleibt, daß sie nicht etwa durch das Fehlen der besonderen Eigenschaften und Verhältnisse in der Person des Ausführenden eine indifferente Handlung wird." [1]) Es kann also unmöglich wegen Anstiftung zur Blutschande bestraft werden, wenn A einen Geisteskranken bestimmt, mit seiner, des A Schwester, den Beischlaf auszuüben. Denn in diesem Falle ist die Handlung des Geisteskranken nicht einmal objektiv rechtswidrig, da sie nicht den objektiven Tatbestand irgend einer strafbaren Handlung erfüllt. Ein solches Tätigsein ist aber im Sinne des Strafrechts eine vollkommen indifferente Handlung.

§ 7.

Zusammenfassendes Ergebnis.

Abschließend komme ich zu dem Ergebnis:

a) Durch die weite Fassung des Anstiftungsbegriffs im Entwurf 1927 ist für die mittelbare Täterschaft kein Raum mehr

1) in denjenigen Fällen, in denen jemand durch einen Unzurechnungsfähigen (Geisteskranken, Kind, unentwickelten Jugendlichen) eine strafbare Handlung ausführen läßt;

2) in denjenigen Fällen, in denen jemand durch einen fahrlässig Handelnden einen Deliktstatbestand verwirklichen läßt.

b) Eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft kommt nicht mehr in Frage in den Fällen des dolosen Werkzeugs, da sich dieser Begriff im Entwurf von 1927 erübrigt.

c) Es ist der Streit beendet, ob es mittelbare Täterschaft bei Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten gibt, da durch § 32 des Entwurfs nunmehr eine Bestrafung wegen Anstiftung bezw. Beihilfe in Frage kommt.

d) Das Anwendungsgebiet der mittelbaren Täterschaft beschränkt sich nach dem Entwurf

1) auf die Fälle eines solchen Irrtums, der den Handelnden gar nicht erkennen läßt, was er tut,

2) auf diejenigen Fälle, wo mangels Vorliegens einer objektiv rechtswidrigen Handlung (Notwehr und der Notstand des § 25 II. 1. Halbs.) eine Bestrafung wegen Anstiftuung nicht erfolgen kann.

---

[1]) Begründung, S. 30.

Lebenslauf.

Am 14. April 1904 wurde ich als Sohn des verstorbenen Kaufmanns und Kürschnermeisters Hermann Buchzik und seiner Ehefrau Martha geb. Menzel in Gleiwitz geboren. Ich besuchte von Ostern 1910 ab die Vorschule und von Ostern 1913 ab das Gymnasium in Gleiwitz und legte dort Ostern 1922 die Reifeprüfung ab, studierte dann an den Universitäten Breslau und Rostock und bestand am 24. September 1930 bei dem Ober-Landesgericht in Breslau das Referendarexamen. Von Oktober 1930 bis April 1931 war ich als Referendar im Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht in Leschnitz O/S. beschäftigt. Am 1. August 1931 bestand ich die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 11. August 1931 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst in Gleiwitz tätig.

Es gereicht mir zur besonderen Ehre, Herrn Professor Dr. Nagler, Breslau für die liebenswürdige Berichterstattung über die vorliegende Arbeit meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.